

Avis n° 237/02 CM du 28 mars 2002
Relatif à un marché – modification des prestations

L'avis de la Commission des Marchés a été sollicité sur la question de savoir s'il est possible de conclure un avenant avec le titulaire du marché n° relatif à l'acquisition d'un système intégré de la gestion des ressources à l'effet de remplacer les logiciels « » et « », sur la base desquels ledit marché a été attribué, par le produit « » proposé initialement par l'un des candidats évincés. Vous signalez que cette substitution n'aura pas de conséquence sur le prix initial du marché, et vous justifiez ce remplacement par le fait que le titulaire a obtenu l'exclusivité pour les activités pour l'Afrique francophone, et que cette solution présente des avantages sur le plan technique et financier.

Cette question a été examinée par la Commission des Marchés dans sa séance du 13 mars 2002 et a recueilli de sa part l'avis suivant :

1) Faute de cahiers des charges qui leur soient spécifiques et en attendant l'aboutissement du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés d'études et de maîtrise d'œuvre, les administrations publiques sont tenues de se référer, pour l'exécution de leurs marchés de fournitures et de services, au CCAG applicable aux marchés de travaux moyennant bien entendu les adaptations nécessaires qu'elles doivent mentionner dans les cahiers des prescriptions spéciales afférents auxdits marchés.

2) En vertu des stipulations du cahier général des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, il est permis d'introduire certaines modifications au marché. Toutefois le pouvoir d'introduire des modifications au marché en cours de son exécution est limité. En effet, les modifications à introduire ne doivent ni changer l'objet du marché ni dépasser les taux des montants des travaux que ledit cahier prévoit à cet égard, ni encore bouleverser l'équilibre du marché.

A ces conditions contractuelles qui limitent le pouvoir de modification du marché en cours de son exécution s'ajoute une autre limite, à savoir que la modification proposée ne doit pas avoir pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence ayant conduit à la désignation de l'attributaire.

3) Dans le cas d'espèce, le titulaire a été choisi sur la base notamment de la solution qu'il a offerte pour l'exécution du marché à savoir la proposition des logiciels « ». Or opter pour le produit en cours d'exécution équivaudrait à qualifier l'élimination du concurrent qui a proposé ce produit, dans le cadre du marché en cause, comme étant une élimination arbitraire ayant pour effet d'avoir faussé le jeu de la concurrence au profit du titulaire si on estime que le matériel de remplacement est plus performant. En effet les arguments avancés pour justifier le remplacement des logiciels en question doivent en principe être pris en considération lors de l'appréciation des offres pour désigner l'attributaire et non au cours de l'exécution du marché.

Il en découle que la proposition de remplacer les logiciels convenus contractuellement par un produit concurrent ne peut être retenue quels que soient les arguments avancés pour justifier ce remplacement dans la mesure où elle a pour effet de fausser le jeu de la concurrence.

4) A cela s'ajoute qu'il ne peut être passé d'avenant au marché initial, en vertu des stipulations du cahier des clauses administratives générales, que pour constater des modifications dans la personne du maître d'ouvrage ou dans la raison sociale ou la dénomination du titulaire ou dans sa domiciliation bancaire (art. 10), ou en cas de cession du marché (art. 26), du décès de l'entrepreneur (art. 46), de travaux supplémentaires (art. 51), de diminution dans la masse (art. 53).

De ce fait, en dehors des cas prévus par ledit cahier des clauses administratives générales, la conclusion d'un avenant n'est pas permise et de surcroît lorsqu'il s'agit de substituer un produit constituant la base du marché par un autre produit concurrent.

5) Compte tenu de ce qui précède la Commission des Marchés :

- estime que la proposition de conclure un avenant en vue de remplacer, en cours d'exécution du marché, les logiciels « » et « » par le produit « » ne peut être retenue ;

- propose que si l'administration consultante estime que le produit de remplacement est plus avantageux, elle pourra résilier le marché en cause et relancer la procédure sur la base de la solution désirée en assumant tous les effets qui résultent de cette résiliation.